

**BORRADOR DE DICTAMEN DE COMISIONES SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN  
(REMITIDO POR LA COMISIÓN DE ASUNTOS CONSTITUCIONALES DEL  
HONORABLE SENADO DE LA NACIÓN)  
DOCUMENTO DE RECOMENDACIONES PARA EL DEBATE EN PARTICULAR<sup>1</sup>**

11 de Septiembre 2010

## Introducción

Este documento apunta a contribuir al debate en particular que se llevará a cabo en el Honorable Senado de la Nación en su sesión del 30 de septiembre sobre el proyecto de ley de acceso a la información pública aprobado en general el 8 de septiembre. El documento se apoya en el conocimiento adquirido por organizaciones multilaterales, organizaciones de la sociedad civil y redes sociales especializadas en la promoción del derecho de acceso a la información pública cuyo trabajo permitió avanzar en la construcción de ciertos estándares internacionales para orientar la actividad legislativa de gobiernos y organismos internacionales<sup>2</sup>.

El Profesor Eduardo Bertoni, Director del Centro de Estudios para la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información (CELE), fue invitado a participar en la reunión de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Honorable Senado de la Nación que se realizó el 22 de junio de 2010. Allí presentó un documento<sup>3</sup> destacando los principales principios y estándares internacionales que deben ser considerados a la hora de elaborar una ley que regule el derecho de acceso a la información pública. Con posterioridad y a partir de la participación del CELE en la reunión, la Comisión puso a conocimiento del centro el segundo y tercer proyectos de dictamen del Senador Samuel Cabanchik que evaluamos oportunamente<sup>4</sup>. Este documento formula recomendaciones para mejorar el texto distribuido por la Comisión el 11 de septiembre (en adelante "Borrador de Dictamen"). Cabe destacar que hemos optado por revisar los aspectos más salientes que debe contener una legislación sobre acceso a la información pública, por lo que nuestro análisis no es exhaustivo ni se ocupa de todos los aspectos del documento remitido por la Comisión.

## 1. Definición de información pública y legitimación pasiva

Creemos que aquí radica el problema principal de este Borrador de Dictamen.

---

<sup>1</sup> Preparado por Eduardo Bertoni y Natalia Torres para el Centro de Estudios para la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información (CELE) con la colaboración de los alumnos de la Clínica Jurídica de Derecho de Acceso a la Información Pública de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo. Eduardo Bertoni es Director del CELE y docente de la Clínica. Natalia Torres es investigadora del CELE y docente de la Clínica.

<sup>2</sup> Para la elaboración del presente documento de recomendaciones se consideró principalmente la Ley Modelo de Acceso a la Información de la OEA y su Guía de Implementación. También se consideraron los siguientes documentos: ARTICLE 19, The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Information and Access to Information, October 1995; ARTICLE 19, The Public's Right to Know: Principles on Freedom of Information Legislation, June 1999; ARTICLE 19, A Model Freedom of Information Law, July 2001; Peruvian Press Council, The Lima Principles: Freedom of Expression and Access to State Held Information, February 2001, Lima; Inter-American Dialogue, Access to Information in the Americas, Report on December 2002 Conference, Buenos Aires, Argentina; The Open Society Justice Initiative's 10 Principles on Right to Know; OEA, Comité Jurídico Interamericano, CJI/RES 147 Principios del derecho de acceso a la información.

<sup>3</sup> <http://www.palermo.edu/derecho/centros/pdf/Presentacion-senado.pdf>

<http://www.palermo.edu/derecho/centros/cele/pdf/cele-cabanchik.pdf>

<sup>4</sup> [http://www.palermo.edu/derecho/centros/cele/noticias/Notas\\_senado\\_nacion.html](http://www.palermo.edu/derecho/centros/cele/noticias/Notas_senado_nacion.html)

En el artículo 3 inciso d)<sup>5</sup> se incluye como sujeto obligado a “...los entes privados, con o sin fines de lucro, que posean y difundan información pública”. Esta inclusión, un tanto sorpresiva en tanto no se encontraba en los anteriores proyectos de dictámenes remitidos por la Comisión para ser considerados por el CELE ni en la versión que según entendemos se discutió en la sesión del 8 de septiembre, genera una definición inadecuada de lo que se entiende por información pública en la mayoría de las experiencias de derecho comparado.

Nótese que el artículo 2 del Borrador de Dictamen<sup>6</sup> define la información pública como aquella información que haya sido creada u obtenida, obre en poder o bajo control de los sujetos obligados de la ley, o cuya producción haya sido financiada por el erario público. Definir información pública de esta manera genera el problema que cualquier tipo de dato que haya sido *creado* por los entes privados (que son sujetos obligados) debe considerarse información pública. La deficiencia conceptual es evidente dado que cualquier dato producido por un privado no puede ser considerado público. A la misma conclusión llegamos si se considerara información pública a cualquier tipo de dato que haya sido *obtenido* por los sujetos obligados, ya que según el artículo 3 inciso d) la información pública es cualquier tipo de dato que

---

<sup>5</sup> **Artículo 3** Esta ley se aplica:

- a. A los órganos de la Administración Pública Nacional central, desconcentrada y descentralizada;
- b. A las empresas y sociedades del Estado, incluyendo a las sociedades anónimas con participación estatal accionaria, las sociedades de economía mixta y todas aquellas organizaciones empresariales en las que el Estado Nacional tenga participación accionaria, en la formación del capital o de la voluntad societaria;
- c. A los fondos fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado Nacional;
- d. A los entes privados, con o sin fines de lucro, que posean y difundan información pública; a los que se les haya otorgado un subsidio o aporte proveniente del Estado Nacional; o a quienes se les haya otorgado, mediante permiso, licencia, concesión o cualquier otra forma contractual, la prestación de un servicio público, de interés público o la explotación de un bien del dominio público;
- e. A los entes reguladores de servicios públicos;
- f. Al Poder Legislativo de la Nación y los organismos que funcionen en su ámbito;
- g. A la Auditoría General de la Nación;
- h. A la Defensoría del Pueblo de la Nación;
- i. A los entes públicos no estatales, en el ejercicio de funciones públicas;
- j. Al Banco Central de la República Argentina, el Banco de la Nación Argentina, el Banco de Inversiones y Comercio Exterior, el Banco Hipotecario y las entidades financieras que se creen con posterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley en el ámbito del Sector Público Nacional;
- k. A las universidades nacionales e institutos universitarios;
- l. Al Poder Judicial de la Nación y al Consejo de la Magistratura, con las limitaciones establecidas por esta ley;
- m. Al Ministerio Público de la Nación, con las limitaciones establecidas por esta ley; y
- n. A las corporaciones regionales;

En el caso de los sujetos referidos en los incisos d) e i) la obligación de proveer información queda restringida a la que hubiera sido producida total o parcialmente con fondos públicos; a la vinculada a los subsidios y aportes recibidos del Estado Nacional; y a la atinente a las prestaciones de los servicios públicos, de interés público o explotaciones de bienes públicos a su cargo. La enumeración precedente es meramente enunciativa.

<sup>6</sup> **Artículo 2.** A los efectos de esta ley se considera información pública a cualquier tipo de dato que haya sido creado u obtenido por los sujetos obligados por esta ley, o que obre en su poder o bajo su control, o cuya producción haya sido financiada total o parcialmente por el erario público, destinado a garantizar, proteger y hacer efectivo el ejercicio de los derechos, individuales y colectivos, reconocidos por la Constitución y las normas internacionales, que estén registrados en un soporte papel, magnético, digital, informático, óptico, fotográfico o cualquier otro formato en el que se pueda guardar.

haya sido obtenido por un ente privado con o sin fin de lucro que posea o difunda información pública. La falla nuevamente es clara: cualquier dato obtenido por un privado no puede ser público. Podríamos seguir: si información pública es cualquier tipo de dato que *obre en su poder o bajo el control* de los sujetos obligados, entonces según el artículo 3 inciso d) la información pública es cualquier tipo de dato *obre en su poder o bajo el control* de un ente privado con o sin fin de lucro que posea o difunda información pública. Nuevamente llegamos al absurdo: cualquier dato que obre en poder o se encuentre bajo el control de un privado no puede ser público. Finalmente siguiendo el artículo 2, información pública también es aquella que haya sido producida total o parcialmente por el erario público, y según el artículo 3 inciso d) aquellos entes privados con o sin fines de lucro que posean información pública se encuentran alcanzada por la normativa. Por ende, si un ente privado con o sin fines de lucro posee información producida por el erario público estaría alcanzado por la normativa. Esta inclusión es inadmisibles en tanto estaría obligando entes privados a implementar la legislación en su ámbito tan sólo por poseer, supongamos, un informe suministrado por el Ministerio de Salud de la Nación.

En nada cambia este análisis la limitación a entregar información incluida al final del art. 3 cuando dispone que “la obligación de proveer información queda restringida a la que hubiera sido producida total o parcialmente con fondos públicos; a la vinculada a los subsidios y aportes recibidos del Estado Nacional; y a la atinente a las prestaciones de los servicios públicos, de interés público o explotaciones de bienes públicos a su cargo. La enumeración precedente es meramente enunciativa.” Esta aclaración que trae el Borrador de Dictamen serviría para que, siguiendo nuestro anterior análisis, no exista la obligación de entregar un dato creado por un ente privado. Sin embargo, ello no arregla el problema conceptual que resulta de considerar información pública lo que claramente no lo es, haya o no obligación de entregarla.

De este modo, el artículo 3 inciso d) tiene un problema sustantivo que es la inclusión irrestricta de los sujetos privados. Recordemos que el objetivo de este proyecto es legislar el derecho de acceso a la información **pública** y esto supone considerar estrictamente la información que haya sido producida, se encuentre en manos de o con fondos de organismos públicos exclusivamente.

En definitiva, esta definición de información pública –derivada de la inclusión irrestricta de los privados en la legitimación pasiva- es un serio retroceso en el reconocimiento del derecho que opaca todo debate que pueda desarrollarse sobre el proyecto. **Recomendamos** eliminar esta inclusión y, en todo caso, acotar la inclusión de los privados estrictamente a lo que se refiere a su vinculación con los organismos estatales ya sea por su recepción de subsidios o por la existencia de alguna relación contractual para proveer un bien o servicio público siguiendo lo establecido por la ley modelo en su artículo 3: “...y se aplica asimismo a las organizaciones privadas que reciben fondos o beneficios públicos sustanciales (directa o indirectamente), o que desempeñan funciones y servicios públicos, pero solamente con respecto a los fondos o beneficios públicos recibidos o a las funciones y servicios públicos desempeñados”.

También en relación a esto último, y de seguirse con ese modelo, consideramos que en tanto las empresas de medios de comunicación estarían alcanzadas por la normativa, sería deseable introducir una cláusula adicional a este artículo que preserve la libertad de prensa y el secreto de las fuentes periodísticas en línea a lo establecido por el artículo 43 de nuestra Constitución Nacional.

En el mismo artículo en su inciso j) recomendamos modificar la redacción sobre las entidades financieras que se creen para eliminar toda ambigüedad de la formulación: “...y las entidades financieras que se creen **en el ámbito del Sector Público Nacional** con posterioridad a la entrada de vigencia de la presente ley”.

En el artículo 3 inciso i) se incluye a los entes públicos no estatales. No queda claro por qué, si estos organismos son públicos debe restringirse la información a aquella vinculada a funciones públicas.

Tampoco queda claro a qué se refiere en el artículo 3 inciso n) con la figura jurídica de “corporaciones regionales”.

## 2. Legitimación activa

Si bien la redacción es correcta, no resulta adecuada la inclusión de las excepciones y limitaciones en un artículo destinado a establecer quiénes son los sujetos que pueden ejercer el derecho de acceso a la información. En todo caso, el artículo debería complementarse con el principio de informalidad garantizado en el artículo 7 de la normativa (no necesidad de invocar interés legítimo, patrocinio o motivación de la solicitud).

## 3. Excepciones

Como dijimos en anteriores opiniones entendemos que podría trabajarse para precisar mejor algunas de las excepciones que incluye el presente Borrador de dictamen. Pero fundamentalmente, insistimos en que un aspecto fundamental para la restricción de la discrecionalidad en la aplicación de las excepciones es el establecimiento del **test de interés público**. La Ley Modelo establece este mecanismo en su artículo 53 y aclara en la guía de implementación: “Las pruebas de interés público y pruebas de daño son normas contra las que se deben ponderar la justificación de una excepción a la divulgación a fin de determinar si satisface los requisitos de proporcionalidad y necesidad. Al aplicar esas pruebas, es necesario adoptar una interpretación restrictiva de la excepción, como se señala en este capítulo. La presunción de la divulgación requiere, pues, que la excepción sea lo menos restrictiva posible; es decir, la no divulgación debe tener un efecto directo en el ejercicio de una excepción en particular, ser proporcionada para el interés público o privado e interferir lo menos posible con el ejercicio efectivo del derecho de acceso. En las palabras del Relator Especial para la Libertad de Expresión, la excepción debe pasar una prueba de tres partes: a) debe estar relacionada con uno de los objetivos legítimos que la justifican; b) debe demostrarse que la divulgación de la información efectivamente amenaza causar un perjuicio sustancial a ese objetivo legítimo; y c) debe demostrarse que el perjuicio al objetivo es mayor que el interés público en contar con la información.” En tanto este proyecto no incluye el test de interés público, sugerimos incluirlo.

También sugerimos establecer ciertos parámetros para aplicación de las excepciones en la elaboración de la respuesta a una solicitud de información, como la asignación de la prerrogativa de denegatoria (artículo 39) a un funcionario con rango mayor a director, por ejemplo.

## 4. Clasificación de información

El artículo 14 establece una serie de instrumentos habilitados (decreto, acordada, resolución) para la declaración de reserva de la información. Consideramos que la amplia gama de instrumentos puede habilitar cierta discrecionalidad en la declaración de reserva especialmente si consideramos que el establecimiento de instrumentos no es taxativo sino que habilita también cualquier otra “...forma que corresponda al sujeto obligado en particular”. Esta ambigüedad debería ser subsanada para limitar la discrecionalidad en la declaración de reserva. Otro punto fundamental para restringir la discrecionalidad de los funcionarios en la clasificación de información es establecer un rango de funcionarios que puedan tener la prerrogativa de reservar información. A decir verdad, si se soluciona la primer ambigüedad y se establecen de manera taxativa los instrumentos habilitados para la declaración de reserva, de ellos se desprenderán los funcionarios y procedimientos habilitados para la declaración de reserva.

El artículo 15 establece que la información sólo podrá ser reclasificada “...por un período más de 10 años sólo cuando hubiera sido proporcionada por una fuente diplomática”. No queda claro por qué la

información que provenga de una fuente diplomática puede reclasificarse.

El mismo artículo 15 establece que “...el sujeto obligado que tenga en su poder información pública reservada o confidencial debe periódicamente de oficio o a pedido fundado de un interesado, revisarla a fin de evaluar si subsisten las razones que motivaron su no acceso al público”. Sería deseable que el proyecto incorporara mecanismos de revisión de la clasificación de información. La incorporación de la revisión a pedido de un interesado parece ir en esta línea, pero el hecho de que tenga que fundar el pedido no parece ir en línea con los principios consagrados en el artículo 7.

En uno de los proyectos de dictamen anteriores, en su artículo 20<sup>7</sup> se habilitaba la desclasificación a requerimiento judicial. Si bien ese artículo tenía un error de consistencia con el resto de la ley<sup>8</sup>, era un artículo valioso en tanto establecía de manera expresa la posibilidad de desclasificación en el marco de un pedido de la justicia.

## 5. Autoridad de aplicación para el Poder Ejecutivo

El Borrador de Dictamen avanza respecto de anteriores textos, en tanto se crea una autoridad de aplicación, aún limitada a cierto sujeto obligado, que tiene facultades para indicar la entrega de información. Hacemos unas sugerencias preliminares al texto:

En el artículo 18 inciso k) sugerimos la siguiente redacción: “Todas aquellas necesarias para **implementar esta normativa y poder llevar a cabo los principios y propósitos establecidos por esta ley**”.

En relación a las funciones del Instituto de Acceso a la Información Pública (IAIP) establecidas en el artículo 20 consideramos revisar los siguientes incisos:

- en el inciso c) sugerimos incorporar “...en articulación con el Archivo General de la Nación” al final del inciso;
- en el inciso g) consideramos que la inclusión de la función de protección de datos personales puede generar, eventualmente, un conflicto de jurisdicción con la Dirección Nacional de Datos Personales, autoridad de aplicación de la ley 25326.

Una deficiencia importante que notamos en el capítulo II sobre el IAIP es la inexistencia de mecanismos para la remoción de los miembros del directorio. El proyecto propone un mecanismo de designación siguiendo, aparentemente, la experiencia del Decreto 222 que reglamentó la designación de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación pero carece un mecanismo que establezca las causales de remoción, aspecto fundamental para garantizar la independencia y autonomía del instituto. También sería importante que su artículo 21 estableciera el rango que tendrán los directores del IAIP en relación a la administración nacional (secretario, subsecretario, etc).

## 6. Sobre el procedimiento de solicitud de información

Una consideración general sobre el capítulo III es que este capítulo se encuentra dentro de la sección particular sobre el Poder Ejecutivo Nacional y el procedimiento debería ser, o bien regulado para todos los sujetos obligados, o bien tener indicaciones claras de cómo debe llevarse adelante el procedimiento.

En el artículo 7 inciso d) se establece que el solicitante debe identificar la información que solicita. Este

---

<sup>7</sup> “Artículo 20.- Desclasificación a requerimiento judicial. La información clasificada como reservada o secreta será accesible cuando quien lo solicite sea un Juez competente en el marco de la tramitación de una causa judicial. En este caso, la información deberá ser requerida al Poder Ejecutivo Nacional, quien deberá responder el requerimiento dentro del plazo de los 15 (quince) días hábiles desde su notificación.”

<sup>8</sup> Ese artículo era inconsistente con la misma propuesta legislativa en tanto identifica al PEN como objeto del requerimiento y excluía al resto de los sujetos obligados.

requisito puede resultar una prueba un tanto exigente para un ciudadano que realiza un pedido de información para conocer cómo gestiona la cosa pública. La experiencia internacional y la que surge de los siete años de aplicación del decreto 1172/03 demuestran que uno de los ejercicios más difíciles para la ciudadanía es formular las preguntas con precisión para acceder a la información deseada, identificar con certeza cuál es la información que se desea en los términos que es conservada por los organismos públicos. En términos prácticos, tan sólo los organismos públicos saben qué información tienen y cómo la almacenan. Pedirle al ciudadano que identifique la información como requisito del pedido es demasiado exigente.

El artículo 29 establece los requisitos para solicitar información. Una primera cuestión que recomendamos incluir es la posibilidad de formular los pedidos de manera oral. En relación a los requisitos establecidos para la presentación de la solicitud, consideramos que la ley es demasiado exigente y muy por fuera de los requisitos establecidos por la ley modelo en sus artículos 20 a 26. También resulta excesivo la solicitud del pago anticipado en las circunstancias que se enumeran en el artículo 33.

El artículo 36 y 37 sobre la entrega de información parecen superponerse y resultan redundantes. Sugerimos eliminar la oración "...Sin embargo, cuando la información pública requerida contenga datos personales o perfiles de consumo, éstos deben ser preservados del conocimiento del solicitante de forma tal de no afectar intereses de terceros dignos de protección". Consideramos que esta oración es redundante en relación a lo establecido por el capítulo de excepciones y al sistema de tachas.

También en el artículo 7, pero en su inciso e) se establece como principio la obligación de los sujetos obligados de disponer una vía recursiva expedita suficiente. Esto es particularmente importante en tanto el diseño institucional elegido en este proyecto es elaborar un instituto para la administración nacional y dejar al resto de los sujetos obligados la prerrogativa de diseñar los propios. Lo que debería agregarse en este punto es que la instancia de apelación debe ser conformada de tal manera que respete los principios de autonomía e independencia, en línea a lo establecido por la ley modelo en su capítulo 3.

En relación a la denegatoria establecido en el artículo 39, ya comentamos oportunamente que la decisión de no proveer información debería ponerse en manos de un rango determinado de funcionario. Según este borrador, tanto la denegatoria como el silencio o la falta de motivación de la respuesta habilita la interposición de un recurso de incumplimiento. Sugerimos aquí agregar como causales para el recurso la provisión incompleta, falaz, parcial o desactualizada de información y la falta de satisfacción de la demanda del solicitante. En relación a lo que se considera denegatoria, nos preocupa el artículo 40 en tanto de ningún modo puede el volumen de la información imposibilitar el acceso. En todo caso, el sujeto obligado deberá obrar los medios para garantizar el ejercicio del derecho y respetar el principio de eficiencia en la respuesta postulado en el artículo 7.

El establecimiento de la competencia en el artículo 5 es correcta pero resulta descontextualizado establecer la competencia junto a las legitimaciones. Quizás sería mejor trasladar este artículo a la sección del procedimiento.

Tanto el capítulo del recurso de incumplimiento como el recurso judicial se encuentran en el título correspondiente al Poder Ejecutivo. Se entiende que el primero se estipule en este ámbito en tanto que el recurso es presentado al IAIP, pero el segundo debe estar habilitado para toda demanda de información que no haya sido satisfecha, independientemente del organismo donde se encuentre la información. Una vez que es reconocido el derecho debe habilitarse una instancia de apelación para que el solicitante pueda recurrir ante la falta de satisfacción de su demanda, independientemente de la dependencia que se haya

negado a proveer la información e independientemente de los diseños institucionales que se establezcan en la reglamentación del resto de los sujetos obligados.

En relación al recurso de incumplimiento dispuesto para el Poder Ejecutivo, recomendamos que el artículo 42 amplíe el plazo para la presentación del recurso en línea a los plazos establecidos para resolución de las solicitudes en el procedimiento general. En el artículo 43 recomendamos cambiar “...fijando su domicilio procesal” por “y sus datos de contacto”.

El **Centro de Estudios para la Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE)** fue creado en el año 2009 en el ámbito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo con el objetivo de proveer de investigaciones y estudios rigurosos a sectores de la sociedad civil, periodistas, instituciones gubernamentales y comunidad académica dedicados a la defensa y a la promoción de estos derechos, especialmente en América Latina. La creación del CELE responde a la necesidad de construir espacios de debate y estudio dedicados a reflexionar sobre la importancia, los contenidos y los límites de estos derechos en la región. Para esto, el centro se propone dialogar y trabajar en conjunto con otras unidades académicas del país y de Latinoamérica. En este marco, los objetivos específicos del CELE son:

- Desarrollar estudios y guías de recomendaciones que tengan impacto en las políticas públicas vinculadas al acceso a la información y la libertad de expresión.
- Fomentar junto a distintas unidades académicas la profundización de estudios en cuestiones vinculadas a estos derechos.
- Contribuir a generar conciencia sobre la importancia de estos derechos en sociedades democráticas, fundamentalmente en las nuevas generaciones.